

1.2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAIS SIGNIFICATIVOS DA LEI MARIA DA PENHA

ROBERTA TOLEDO CAMPOS

Mestre em Direito pela PUC-SP

Advogada

Professora de Direito Penal da Uniube

*“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em
ver novas paisagens, mas em ter novos olhos.”*

Marcel Proust

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. Antecedentes legislativos da Lei Maria da Penha. 3. O ser mulher. 4. O ser mulher como sujeito passivo da Lei Maria da Penha. 5. Lei Maria da Penha: uma (des)igualdade fundamental. 5.1. A natureza principiológica constitucional dos direitos fundamentais. 5.2. Direitos fundamentais como piso de igualdade. 5.3. Sexo na Lei Maria da Penha, uma desigualdade fundamental. 6. Aspectos penais significativos da Lei Maria da Penha. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Uma coerente e criteriosa análise da violência contra a mulher não pode deixar de levar em conta aspectos que escapam ao âmbito puramente dogmático ou jurídico-penal. Aquele que sabe tudo de Direito Penal, mas apenas isso, corre o risco de não saber nada de Direito Penal. Acaba ficando um estudo esquizofrênico, fragmentado. A abordagem da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) será feita no paradigma adotado pela nossa Constituição da República de 1988, o Estado democrático de direito.

A violência contra a mulher insere-se em uma problemática que, necessariamente, abrange questões ligadas à igualdade entre sexos. Trata-se de tema com elevado grau de complexidade, já que densa é a carga ideológica que carrega. Como é inevitável quando se trata da abordagem do humano, refletir a respeito do indivíduo, da família, do sexo, do gênero, da isonomia, é indagação ontológica e histórica, tarefa que se impõe, sobretudo, em tempos de transformação da sociedade e de crise de valores. É exatamente por isso que nos socorreremos de alguns conceitos psicanalíticos.

2. Antecedentes legislativos da Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340, sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi batizada de *Maria da Penha* em homenagem a uma vítima da violência doméstica. Em 1983, a

biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes levou um tiro nas costas que a deixou paraplégica, aos 38 anos de idade. O autor do disparo foi seu marido, o professor universitário Marco Antônio Heredia Viveros que, após uma primeira tentativa, ainda procurou matá-la por eletrocução. Heredia foi condenado e preso em 28 de outubro de 2002, cumprindo dois anos de prisão.

O caso de Maria da Penha chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que responsabilizou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica. A OEA, com base na Convenção Interamericana para Prevenir Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), acatou, pela primeira vez, uma denúncia de crime de violência doméstica e iniciou uma série de investigações sobre o andamento do caso na esfera judicial brasileira.

Em abril de 2001, a OEA condenou o Brasil a definir uma legislação adequada a esse tipo de violência. Um consórcio de entidades ligadas ao movimento feminista apresentou à bancada feminina do Congresso Nacional e à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres um anteprojeto de lei definindo as diversas formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e estabelecendo mecanismos para prevenir e coibir esse tipo de violência e prestar assistência às vítimas. Com a nova lei, que entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006, a comunidade feminina espera que a violência doméstica e familiar contra a mulher diminua.

3. O ser mulher

Ao ler a Lei Maria da Penha, a primeira reflexão a ser feita é a respeito do conceito de *mulher*, de tamanha complexidade para ser respondido com uma mera espiada no dicionário. Segundo a Enciclopédia e Dicionário Koogan/Houaiss, mulher é o ser humano do sexo feminino. Sexo é a diferença física e constitutiva do homem e da mulher, do macho e da fêmea: sexo masculino e feminino. Sexo feminino é o que se refere ao sexo caracterizado pelo ovário (nos animais e nas plantas). Então, ser mulher é apenas ter órgãos sexuais femininos? É a genitália que distingue o sexo fêmeo do sexo macho? E como se distingue o gênero feminino do gênero masculino? A genitália é capaz, por si só, de determinar o gênero feminino ou masculino do ser humano?

Aprende-se em Psicanálise que desde o nascimento nos espelhamos no olhar de um outro. Nascemos seres dependentes física e psicologicamente. A maturidade apenas modifica a qualidade dessa dependência. A nossa ansiedade de nos distinguirmos dos demais torna-nos, porém, deles dependentes – não de alguém em particular, mas do outro em geral. É através do convívio com outras pessoas que nós nos vemos, trocamos olhares e nos identificamos, formando uma auto-estima de nós mesmos.

Reconhecemo-nos nas semelhanças e diferenças que se refletem no olhar do outro é uma necessidade que atravessa a nossa existência.

Como ensina Groeninga (2004, p. 250), a investigação de um conhecimento de forma interdisciplinar vem reconhecer essa necessidade de outro olhar que nos leva a um fortalecimento da identidade e a um redimensionar de cada disciplina, rumo a um novo horizonte epistemológico – o de ampliar os princípios mesmos que regem os conhecimentos de cada área do saber. Estamos vivendo em plena crise paradigmática. Os pressupostos que formavam o que acreditávamos serem as bases do nosso conhecimento têm se modificado.

Depois da demonstração de Freud da existência de um inconsciente que é estruturado com uma lógica que lhe é própria, tivemos acesso a outro sujeito além do sujeito de direito – o *sujeito do desejo*. O eu e a consciência perdem sua soberania. A partir dessa *descoberta* buscamos a integração diferenciada desses dois aspectos de um mesmo sujeito, e não mais a disjunção. O caminho que ora se afigura é o da integração da subjetividade, do interesse pela subjetividade na objetividade, de sua legitimação como ciência, e não de sua exclusão. A fase da exclusão da subjetividade como característica da objetividade científica já está sendo superada. Percebemos que a realidade de sujeito humano é também composta de subjetividade e de afeto. Somos razão e emoção, corpo e espírito, sujeito e alma.

O Direito havia perdido de vista o humano, na tentativa de se auto-afirmar como ciência, considerando apenas a objetividade. Valorizava o homem-máquina em detrimento do homem-desejante. Porém, nos tempos atuais, especialmente após a Constituição da República de 1988, percebeu-se que a postura de ignorar a natureza humana, que combina sentimento, ação e pensamento, é um equívoco. Somente a combinação da subjetividade e da objetividade atende ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, postulado fundamental do nosso Estado democrático de direito. Segundo Heidegger (1998), o homem não é o ser do ente atmosférico, telúrico, carnal, mas o *ser* que, mesmo assim contingenciado, é um *plus* que, diferente do animal, é capaz de pensar o seu próprio *ser*.

Ente é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos. Ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado, no teor e recurso, no valor e validade, na pré-sença, no 'há' (HEIDEGGER, 1995, p. 32).

Há ser no seu próprio ser (HEIDEGGER, 1979, p. 98). O ser é sempre o ser de um ente. Como *ser-no-mundo*, o homem *ek-siste* não como um fato objetivo, mas como um acontecimento vivido, e isso significa que em cada instante ele se manifesta no

ser. Aqui, *ek-sistir* não indica o fato de ser, mas o modo de ser. A essência do homem consiste em revelar-se como *ek-sistência*, isto é, como o *aí*, a clareira do *ser*. A *ek-sistência* é uma tarefa a realizar. O sujeito humano é uma construção. *Ser-no-mundo* é, portanto, uma estrutura de realização. Nossa existência (*Dasein*¹) nada mais é que nosso *ser-no-mundo*. *A essência do ser-aí reside na sua existência* (HEIDEGGER apud RESWEBER, 1979, p. 99).

Como seres humanos, podemos ser analisados como raciocinadores lógicos ou como feixes físicos de carne e osso, mas como *daseins* não somos nada além de nossas compreensões e incompreensões do mundo e do lugar que nele ocupamos, e de nossas mais ou menos claras compreensões e incompreensões dessas próprias compreensões, e assim por diante, interminavelmente. Para o *dasein*, existir é ontologizar. É no *dasein* que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história etc. Nesse sentido, Heidegger (apud RÊE, 2000, p. 17) explica que:

O *Dasein* não é apenas uma entidade que ocorre em meio a outras entidades. É, antes, uma entidade que se distingue onticamente pelo fato de que, em seu ser, é esse próprio ser que importa para ela. Mas, então, a essa constituição do ser do *Dasein* pertence o fato de que, em se ser, está presente uma relação dirigida para esse ser. E isso, por outro lado, significa que, de certa maneira e de forma em certa medida explícita, o *Dasein* entende-se a si mesmo em seu ser. É peculiar a essa entidade que, com e por meio de seu próprio ser, esse ser a ela se revele. A compreensão do ser é, ela própria, uma característica determinante do ser do *Dasein*. O que distingue onticamente o *Dasein* é que ele é ontológico.

A essência do homem é tal, que é necessariamente o lugar exclusivo da compreensão do ser. Ela é a tradução de uma diferença. A existência não está incluída na essência; é constituída *ek-sistência* pelo *ser* que nela se torna *essência*. *Ente e ser, existência e essência* habitam agora o âmbito do mesmo. Desse modo, aquilo que o homem é, a sua *essência*,

[...] consiste no fato de que ele, como ser pensante, aberto para o ser, está posto em face dele, permanece relacionado com o ser e assim lhe corresponde. O homem é propriamente esta relação de correspondência, e é somente isto. ‘Somente’ não significa

¹ Este é um termo clássico dentro do pensamento do filósofo Heidegger, usado por ele para referir-se à aquilo que constitui o ser ou a essência do homem, isto é, a sua existência no sentido de ultrapassagem e transcendência. É o ser do homem. Não é um termo técnico, e como *Daseins* somos simplesmente entidades com atitude ontológica.

limitação, mas uma plenitude. No homem impera um pertencer ao ser; este pertencer escuta ao ser, porque a ele está entregue como propriedade. E o ser? Pensemos o ser em seu sentido primordial como apresentar. O ser se apresenta ao homem, nem acidentalmente nem por exceção. Ser somente é e permanece enquanto aborda o homem pelo apelo. Pois, somente o homem, aberto para o ser propicia-lhe o a advento enquanto apresentar. [...] Homem e ser estão entregues reciprocamente um ao outro como propriedade. Pertencem um ou outro (HEIDEGGER apud MICHELAZZO, 1999, p. 127).

Para Groeninga (2004, p. 254), a consideração do sujeito em sua integralidade significa a busca do que ela chama de *o direito a ser humano*. Já se sabe, portanto, que para atender à dignidade humana a consideração do ser humano dever ser feita em todos os níveis de nossa constituição – espírito, mente e corpo; o individual e o coletivo. Do exposto, é possível apenas concluir que o *ser* mulher não é mera pulsão orgânica, não é apenas aquele ser humano portador de ovário e genitália feminina. Seu destino não se restringe a seu ser biológico. É muito mais do que isso. É o *modo* do *ser*, o seu estilo, o modo de conduzir a sua vida.

4. O *ser* mulher como sujeito passivo da Lei Maria da Penha

Para ter incidência a nova lei, o sujeito passivo da violência deve necessariamente ser uma *mulher* e a ambiência deve ser a unidade doméstica, familiar ou de afeto. Portanto, é fundamental que se constate que a violência seja contra a *mulher* e que haja um vínculo doméstico, familiar ou de afeto com o agente do fato (art. 1º da Lei nº 11.340/2006).

No Estado democrático de direito (CF/88, art.1º), ensina o Prof. Leal (2005, *passim*) que o desatendimento de direitos fundamentais de *vida* e *dignidade* implica impedir o *ser* do *homem*, mesmo que aferidas as condições entitativas de possibilidade de sua sobrevivência orgânica (ENTE). A constitucionalidade brasileira prioriza a *vida* de um *ser-homem* (liberdade fundamental) e não vida histórico-biológica, já que esta é mera extensão daquela. A garantia é do *homem* enquanto titular da autoria do seu mundo; é garantia da liberdade de o *homem* escolher entre as várias possibilidades de seu mundo no *estar-aí* (*Dasein*) dos entes. Assim, conclui Leal, o direito à vida é a escolha de um mundo no intramundo pelo ser-homem, é a liberdade de decidir sobre o mundo do seu *ser*.

Ser livre, segundo Heidegger, é experimentar-se situado na intersecção do *ser-no-mundo* com o mundo do *ser*. A liberdade realiza a emergência do mundo no interior do *SER*. A liberdade é, pois, a própria prática do pensamento, uma vez que ela deixa-ser

o *ser* (HEIDEGGER apud RESWEBER, 1979, p. 101). Nesse sentido, a Lei Maria da Penha também conferiu ampla tutela à mulher como *ser-homem*. Basta uma leitura dos arts. 2º e 3º para verificar que os direitos fundamentais de *dignidade e liberdade* da mulher são garantidos para que ela possa escolher o mundo do seu *ser*.

Se não bastassem os citados artigos, há ainda o art. 5º, parágrafo único, que enfatiza a liberdade da mulher de *orientação sexual* do seu *ser*. Ora, mais uma vez temos que nos socorrer da Psicanálise no que toca aos estudos sobre sexualidade. A idéia de sexualidade é de tamanha importância na doutrina psicanalítica que, com justa razão, pôde-se afirmar que todo o edifício freudiano assentava-se sobre ela, o que é um exagero.

Freud efetuou uma verdadeira ruptura epistemológica com a sexologia, estendendo a noção de sexualidade a uma disposição psíquica universal e extirpando-a de seu fundamento biológico, anatômico e genital, para fazer dela a própria essência da atividade humana. Distinguiu, assim, os dois grandes campos da sexualidade: a determinação anatômica e biológica (sexo), por um lado, e a representação social e psíquica (gênero²) – identidade sexual, por outro. Mostrou que a sexualidade tanto era uma representação ou uma construção mental quanto o lugar de uma diferença anatômica. Para Freud, com efeito, a existência de uma diferença anatômica entre os sexos não desembocava numa concepção naturalista, uma vez que essa famosa diferença, ausente no inconsciente, atesta, para o sujeito, uma contradição estrutural entre a ordem psíquica e a ordem anatômica. É possível, portanto, uma não concordância entre o psíquico e o anatômico, entre o *ser* e o *ente*.

A partir dessa distinção entre o sexo, como a especificidade biológica e anatômica, e o gênero (*gender*), como a representação social e psíquica da diferença sexual – identidade sexual, possibilitou-se interrogar a identidade sexual do *ser* do *ente*, o que possibilitou que a visão que a sociedade ocidental tinha da sexualidade e da história da sexualidade em geral se transformasse totalmente. Percebendo a necessidade de reflexão sobre a redistribuição das relações de identidade entre os sexos, já que a determinação anatômica não se sustenta mais, vislumbrando, pois, a possibilidade de *homem-masculino*, *homem-feminino*, *mulher-feminino* e *mulher-masculino* (NOLASCO, 1995, p. 16), começaram os estudos sobre bissexualidade, homossexualidade, heterossexualidade, transexualidade, hermafroditismo real e os fenômenos de travestismo. Assim, percebe-se que a Lei Maria da Penha ratificou a garantia constitucional democratizada da liberdade do *ente* de escolha sobre o seu próprio mundo, inclusive a sua liberdade de escolha da identidade sexual de seu *ser*.

² O termo gênero é utilizado habitualmente para designar qualquer categoria, classe, grupo ou família que apresente os mesmos sinais em comum. Em trabalhos contemporâneos, designa-se por sexo o que deriva do corpo sexuado (macho ou fêmea) e por gênero o que se reporta à significação sexual do corpo na sociedade (masculinidade ou feminilidade). Cf. Roudinesco (1991).

5. Lei Maria da Penha: uma (des)igualdade fundamental

5.1. A natureza principiológica constitucional dos direitos fundamentais

O paradigma positivado pela Constituição da República Brasileira de 1988 é o do Estado democrático de direito (art. 1º, CF/88), que é aquele que se estrutura em uma democracia representativa, participativa e pluralista e garante a realização prática dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, através de instrumentos apropriados conferidos aos cidadãos, sempre tendo em vista a dignidade humana.

As bases dessa democracia constitucionalizada são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais. Em razão desse segundo pilar, evidencia-se uma ampliação do conceito de democracia a qual terá que se realizar não apenas no plano político, mas também nas dimensões econômica, social e cultural. Bobbio (1992, p. 1) enfatiza que a marca característica do Estado democrático de direito é a sua legitimação pela consagração e promoção dos direitos fundamentais, já que sem *direitos do homem*, reconhecidos e protegidos, não há democracia.

Um dos fundamentos do nosso Estado democrático de direito é a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). Isso significa que o indivíduo é o limite e o fundamento do domínio político da República. A República, assim, é uma organização que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. A dignidade humana é o valor-fonte para definir os direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais são desdobramentos da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido a Constituição da República, no art. 5º, *caput*, positiva a *inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. Esse panorama evidencia que a dignidade da pessoa humana é o fundamento material da unidade da Constituição, é ela a unidade axiológica ou teleológica da Constituição. O valor pessoal do homem impõe um limite deontológico à interpretação constitucional. Portanto, reconhece-se aos direitos fundamentais a natureza principiológica constitucional de justificação do Estado. Tais direitos são fundantes, ou seja, são fontes de legitimação de todo o Direito, condicionam a produção e interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais.

5.2. Direitos fundamentais como piso de igualdade

Ao assegurar direitos fundamentais para todos os cidadãos, o Estado democrático de direito deve garantir um *piso de igualdade* (LEAL, 2005, p. 79) para todos os cidadãos como ponto de partida para verificar as diferenças. Só será possível verificar diferenças após o atendimento dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, ao patrimônio, à moradia, enfim, aos direitos necessários à dignidade humana.

A igualdade jurídica na democracia nivela todos os cidadãos no plano da titularidade dos conteúdos normativos dos direitos fundamentais. Não há que se falar em desigualdade jurídica de direitos fundamentais (LEAL, 2005, p. 80), porque, uma vez que são cumpridos os direitos fundamentais, o que se tem são desníveis patrimoniais e de personalidade (identidades), sem que tal diferencial pudesse quebrar a igualdade entre as partes a ponto de recuperar a velha máxima de *justiça* do Estado liberal – tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais³.

Leal (2005) explica que não há direito à diferença no plano dos direitos fundamentais já acertados constitucionalmente para todos, sob pena de romper o princípio da igualdade jurídica. A possível existência de direitos diferentes só ocorre no sobrenível da normatividade fundamental. Enfatiza ele que “[...] direitos diferentes, na teoria da democracia, não geram diferenças jurídico-fundamentais entre pessoas a suplicarem tratamento discriminatório” (LEAL, 2005, p. 79). As desigualdades possíveis seriam apenas física, psíquica, cultural, estética, ideológica ou econômica. Portanto, o negro, o índio, o homossexual, a lésbica, o deficiente não são desiguais a ninguém quanto a direitos fundamentais na teoria da constitucionalidade democrática. Tanto eles quanto os brancos, os amarelos, as mulheres, os heterossexuais: “[...] homem ou mulher, são iguais em direitos fundamentais e titulares de igualdade processual (simétrica paridade-isonomia) no direito democrático” (LEAL, 2005, p. 79). Os direitos diferentes não implicam uma desigualdade ilegal porque os direitos fundamentais já foram atendidos. Isso não equivale a ser desigual no Estado democrático de direito.

É necessário esclarecer que os direitos diferentes só podem ser discutidos via *devido processo constitucional*. A discussão, negação, produção, defesa, afirmação e aplicação de direitos diferentes, na teoria democrática, só se fazem isonomicamente no espaço-tempo da estrutura procedimental processualizada. A isonomia é princípio jurídico-processual que rege a atuação dos sujeitos do processo na construção de direitos não fundamentais (direitos diferentes), garantindo condições argumentativas isonômicas (igualdade argumentativa na formação processualizada do direito diferente). E, assim, a isonomia não pode ser abandonada “[...] na construção e exercício da constitucionalidade democrática, porque é ela que torna possível a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os física e psiquicamente diferentes e entre maioria e minoria política, ideológica ou social” (LEAL, 2005, p. 79).

³ Um dos pontos frágeis deste imperativo moral é ter sido defendido em nome de um suposto direito natural. Platão busca nos fazer crer que, se naturalmente alguns indivíduos são superiores, não podem ser tratados de forma igual aos que lhe são desiguais. Para ele, Estado justo era aquele que operacionalizava a manutenção de cada indivíduo no seu *lugar natural*.

5.3. Sexo na Lei Maria da Penha, uma desigualdade fundamental

A Constituição brasileira assegura a igualdade fundamental aos seus cidadãos no *caput* do art. 5º “TODOS são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. Como já explicitado, no Estado democrático de direito todos os cidadãos são iguais em relação à titularidade de direitos fundamentais. Nesse sentido, o art. 2º, III, estabelece como objetivo fundamental da República brasileira “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Para não restar qualquer dúvida de que todos os cidadãos são isonomicamente titulares de direitos fundamentais, a Constituição ainda estabelece no art. 5º, I, que “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Ora, é nítida que a intenção do legislador foi a de impedir desníveis de direitos fundamentais fundados no *sexo*. As diferenças justificadas estão inclusive previstas na própria Constituição Federal: arts. 7º, XVIII e XIX; 143, §§ 1º e 2º; 201, § 7º, I e II. Portanto, qualquer excepcionalidade na garantia de direitos fundamentais, seja qual for o critério discriminatório utilizado, é inconstitucional. Embora não precisasse, o texto constitucional é expresso em determinar no art. 5º, XLI, que “[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Atualmente, o Estado brasileiro é inadimplente em assegurar os conteúdos dos direitos fundamentais. Daí tantas desigualdades fundamentais. A omissão pública chega a ser hedionda. São milhões de esfomeados e despossuídos. Isso é que constitui *crime contra os direitos humanos*. Enfim, a atuação estatal é estupidamente inconstitucional. Nesse contexto, com o discurso salvacionista dos excluídos e estigmatizados, o Estado legisla as chamadas *ações afirmativas*, como se a discriminação por ele promovida e já sofrida pelas minorias, ou pelos *diferentes* (negros, homossexuais, mulheres etc.) também não violasse o texto constitucional democrático. Aliás, a inadimplência dos agentes públicos na garantia do direito à dignidade humana é a inconstitucionalidade mais grave no Estado democrático de direito, pois viola um de seus fundamentos (art. 1º, III, CF/88).

As ações afirmativas são proclamadas pelos legisladores como necessárias à implementação dos direitos fundamentais, o que é um equívoco, pois, segundo o Prof. Leal (2005, p. 79), ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, são direitos líquidos (autoexecutivos) e certos (infungíveis) e, assim, devem ser imediatamente satisfeitos pela Administração Pública (art. 2º, I, II, III e IV). Conseqüentemente, só se pode falar em discriminação depois de executados os direitos fundamentais.

Falar de discriminação no atual Estado brasileiro é o mesmo que *chover no molhado*. Enquanto a Administração Pública não implementar os direitos fundamentais, as pessoas estarão sempre em níveis de uma desigualdade fundamental ilegal. A pretexto da inclusão social das mulheres e defesa de seus direitos, bem como da promoção do que se chama de *discriminação lícita*, o Estado brasileiro editou a Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha deixa claro em seu preâmbulo e no art. 1º a razão de sua existência: “[...] criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Na essência, quer viabilizar à mulher o exercício dos direitos fundamentais, a saber: vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, enfim, a dignidade humana. A lei estabelece, portanto, dois critérios para determinar a sua aplicação: primeiro, o sujeito passivo deve ser mulher; segundo, a violência deve ser no âmbito familiar, doméstico ou de afeto. Como ação afirmativa, a Lei Maria da Penha pretende garantir a implementação de direitos fundamentais às mulheres, porém é inconstitucional quando excepciona a implementação de direitos fundamentais em função do sexo, o que gera uma desigualdade fundamental. Realmente, a atuação da nossa Administração Pública é trágica: é inadimplente na garantia dos direitos fundamentais e, quando legisla para dissimular a sua omissão, excepciona a implementação desses direitos.

6. Aspectos penais significativos da Lei Maria da Penha

As principais alterações penais trazidas pela Lei são:

a. Configura violência doméstica e familiar contra mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial à mulher, desde que o ambiente seja a unidade doméstica e familiar ou de qualquer relação pessoal afetiva (art. 5º, incisos I, II e III).

Se a sexualidade do indivíduo deve ser avaliada sob os critérios do sexo e do gênero, como fica a violência doméstica e familiar empregada contra os hermafroditas, transexuais (por exemplo, Roberta Close), travestis (por exemplo, Rogéria) e gays, já que podem ser indivíduos do sexo macho com gênero feminino (ou vice-versa)?

b. As relações homoafetivas femininas estão protegidas pela lei (art.5º, parágrafo único).

Interessante o que o afeto fez de sua entrada no Direito de Família, como nas relações de filiação, na adoção e nas relações homoafetivas, como denomina Maria Berenice Dias (2000, *passim*). A ordem familiar deixou de ser fundada na diferença sexual. O conceito de família precisou ser reinventado. A família passou a ser identificada pela presença de um elo de afetividade; os vínculos de parentalidade vêm sendo definidos pela identidade sócio-afetiva, e não pela consangüinidade. A verdade biológica

perdeu significado. Exigem-se novos referenciais para o estabelecimento dos laços de parentesco. Família passou, então, a ser concebida como um espaço de afetividade destinado a realizar os anseios de felicidade de cada um (HIRONAKA, 2000, p. 21). Assim sendo, começam a ser reconhecidas como entidades familiares as relações homoafetivas, justamente porque houve um alargamento conceitual da família, que passou a ser vivenciada como um espaço de afetividade para a realização do projeto pessoal de felicidade.

Nas relações homoafetivas há quem desempenhe o gênero masculino e quem desempenhe o gênero feminino. É possível, inclusive, nas famílias homoparenterais⁴ que um desempenhe a função paterna e o outro a função materna⁵.

Pergunta-se: a violência doméstica e familiar praticada no âmbito das relações homoafetivas contra o indivíduo do sexo macho e gênero feminino está excluída da “proteção” da Lei Maria da Penha?

c. As formas de violência doméstica e familiar contra a mulher estão definidas no art. 7º (violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral).

Quais são as possíveis consequências da violência pública (não implementação dos direitos fundamentais) para as relações familiares, domésticas ou íntimas entre os gêneros?

A tradicional divisão sexual das funções domésticas, familiares e afetivas está em xeque: homens na produção, no público e na chefia da casa, mulheres na reprodução, na esfera doméstica, eventualmente *ajudando* no trabalho remunerado. O momento atual é de *transição de gênero*. Os pressupostos que formavam o que se acreditava serem as bases da identidade de gênero têm se modificado. Outros pressupostos surgem no horizonte. Vive-se uma verdadeira *crise paradigmática*, o que nos traz incertezas. E como diz Groeninga (2004, p. 251), crise é “[...] um estado de um sistema em que uma mudança é iminente”. Nolasco (1995, *passim*) conclui que o homem nesta situação, tendo perdido a base anterior da sua identidade de gênero, mas sem palavras para nomear *o novo*, reage com violência: ele vive o desmonte da identidade masculina de provedor. Giddens (2000, p. 92) considera que

⁴ O termo homoparentalidade foi criado na França em 1996 pela Associação dos Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicos.

⁵ Entre 1973 e 1995, foram realizados procedimentos investigativos nos Estados Unidos para testar as aptidões psicológicas dos homossexuais para serem pais, pois há no continente americano de 1 a 5 milhões de mães lésbicas, de 1 a 3 milhões de pais gays, e de 6 a 14 milhões de crianças criadas por pais homossexuais. Essas pesquisas revelaram que os homossexuais eram pais tão comuns quanto os outros, isto é, semelhantes àqueles de famílias horizontais do final do século, incessantemente recompostas. Cf. Roudinesco (2003, p.190).

É possível que boa parte da violência que os homens praticam hoje contra a mulher não seja apenas a persistência do velho sistema, e, sim, uma incapacidade ou recusa de adaptar-se ao novo. Ou seja, não é apenas a continuação do patriarcado tradicional, mas uma reação contra a sua derrocada.

d. A renúncia nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher só pode ocorrer perante o juiz, ouvido o Ministério Público (art. 16);

e. É vedada a aplicação, nos casos de violência contra a mulher, de penas pecuniárias, como as penas de cesta básica, bem como substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (art. 17).

Vale lembrar que: a) se a violência contra a pessoa-mulher for dolosa, não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44, I, CP); b) as penas pecuniárias estão vedadas em qualquer tipo de violência contra a mulher, isto é, tais penas não terão incidência seja no caso de violência física ou grave ameaça, seja no caso de outras violências.

No caso de crimes idênticos, é possível diferenciar a aplicação de penas em função do sexo do sujeito passivo? Se o Direito Penal visa à tutela de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à sociedade, como justificar constitucionalmente a aplicação diferenciada de penas a dois crimes idênticos, porém, em um deles o sujeito passivo é homem e no outro é mulher? Exemplo: se um filho bate na sua mãe, causando-lhe lesões corporais leves, a sua pena será privativa de liberdade; ao passo que, se bate no seu pai, também lhe causando lesões corporais leves, será possível a incidência da Lei nº 9.099/95 e, assim, a aplicação de penas restritivas de direitos. Mais uma vez, a Lei Maria da Penha quebra o princípio da igualdade ao promover a discriminação sexual.

É oportuno lembrar que o Código Penal ainda mantém discriminação sexual na tutela de bens jurídicos, especialmente quanto ao crime de estupro. Se a mulher constrange o homem, mediante violência ou grave ameaça, a manter conjunção carnal, a sua conduta está tipificada no art. 146 do CP – constrangimento ilegal.

f. Os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não são mais regidos pela Lei nº 9.099/95 (art. 41).

Se o Estado já reconheceu a ineficiência da estrutura dos Juizados Especiais Criminais, porque os demais cidadãos devem suportá-lo?

Será que a imposição de apenas uma solução processual penal para o conflito doméstico, sem possibilidade de qualquer *acordo*, não irá afastar ainda mais as mulheres da Função Judiciária?

g. A alínea “f” do inciso II do art. 61 do Código Penal passou a figurar com a seguinte redação: “[...] com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica” (art. 43).

Todos os crimes praticados com violência no âmbito doméstico, familiar ou de afeto contra a mulher sofrerão a incidência dessa agravante. Ex.: ameaça, constrangimento ilegal, lesão corporal, homicídio, estupro, atentado violento ao pudor, extorsão mediante seqüestro, roubo, calúnia, injúria, difamação etc. É nítida mais uma violação ao princípio da isonomia por promoção de discriminação sexual quanto à titularidade do bem jurídico lesado, isto é, se o titular do bem jurídico lesado for do gênero feminino, a pena será agravada.

h. O art. 129 do Código Penal recebeu as seguintes alterações:

. “§ 9º - se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: *PENA – DETENÇÃO, DE 3 MESES A 3 ANOS.*”

A pena era de detenção, de 6 meses a 1 ano.

. “§ 11 – na hipótese do § 9º deste artigo, a *PENA* será aumentada de um terço se o crime for cometido contra *PESSOA* portadora de deficiência” (art. 44);

i. O parágrafo único do art. 152 da Lei de Execução Penal passou a vigorar assim: “[...] nos casos de violência doméstica contra a *MULHER*, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório *DO AGRESSOR* a programas de recuperação e reeducação” (art. 45).

7. Considerações finais

O homem exalta a violência. Virou o grande monstro que ameaça a família. O povo grita por *socorro*. E o Estado, num ato salvacionista, edita a Lei Maria da Penha. Lógico! Como é inadimplente na implementação dos direitos fundamentais, como educação, saúde, moradia, cultura, emprego etc., e, assim, gerador de muitas das mazelas humanas, faz uso de uma de suas atribuições a mais viável economicamente: o processo legislativo e o sistema penal. Ao criar leis, o Estado transmite ao povo carente de direitos fundamentais a sensação de dever cumprido, já que as leis entram em vigor imediatamente e induzem-nos à ilusão de que agora temos *leis fortes*, que não deixam mais brechas para a impunidade. Aliás, nem pensar em aplicar penas alternativas, pois é o mesmo que não punir. Afinal de contas, lugar de bandido é na cadeia.

Ao atribuir responsabilidade ao Direito Penal de resolver todas as misérias humanas, cria-se a expectativa de que tudo está resolvido. O Estado, aproveitando-se dessa

ilusão, que sabe ser falsa, continua deixando de implementar os direitos fundamentais, agravando cada vez mais a violência. E dessa violência pública já sabemos quais são as consequências para as relações familiares, domésticas ou íntimas entre os gêneros. Aliás, muitas vezes, a intervenção estatal penal é mais danosa que a sua ausência. O dano social gerado pela exclusão propiciada pela intervenção penal do Estado é violentíssimo. Mas, na verdade, o que tudo isso importa? Parece que nada importa a ninguém. Há apenas indiferença.

Nós, seres humanos, estamos motivados a nos livrar de nossas couraças e repensar o nosso futuro. Sabemos que só entre nós poderemos avançar nessas questões da nossa condição. Não nos escapa que é momento de refletir sobre a crise da masculinidade e da feminilidade. Há dúvida de que a natureza determina de modo tão sumário a diferença entre masculino e feminino. Homem, mulher, masculino e feminino são construções. Efetivamente, muitos de nós criticamos o modelo masculino ou feminino sob o qual fomos criados⁶. Já se sabe atualmente que é possível ser homem sem ser macho e opressor.

O desmoronamento dos modelos tradicionais de gênero é mais uma possibilidade do que uma perda. É a possibilidade de mudança. E é essa crise que nos leva à auto-reflexão para a construção de um novo ser humano, um ser humano não determinado por sua biologia, mas capaz de encontrar livremente a sua própria identidade, o seu ser, tomando o cuidado para não cometer o erro de supor a possibilidade de uma nova síntese, de uma nova identidade estereotipada.

Aliás, no Estado democrático de direito em que estamos construindo a identidade do sujeito constitucional, parece-nos que deve ser revista a própria conceituação de gênero em masculino e feminino, já que a Constituição brasileira tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Pelo menos no âmbito jurídico constitucional, não se deve fazer referência à identidade como masculina ou feminina, mas apenas à identidade do sujeito constitucional. Não é possível diante da principiologia democrática constitucionalizada estabelecer modelos de identidade masculina ou feminina. Estereotipar a identidade em masculino e feminino é, no mínimo, discriminatório. Falar em encontrar uma nova identidade masculina ou feminina é um equívoco. É possível apenas refletir sobre a construção da nova identidade do sujeito constitucional no atual Estado democrático de direito.

⁶ Os movimentos masculinos têm refletido sobre o seguinte modelo: necessidade de se mostrar sempre forte e capaz; de limitar a expressão de sentimentos; de viver quase que exclusivamente em campos competitivos; de funcionar como servidor da mulher; de ser permanentemente provedor; de ocupar-se apenas de coisas “sérias”, como trabalho, política etc.; e de perder o contato sensível com os filhos, amigos, natureza, estando proibidas entre os homens expressões tais como “fracassei”, “não sei”, “me equivoquei”, “não posso”. Assim também as mulheres refletem sobre o arquétipo feminino instituído ao longo de anos: escravo-senhor. Cf. Nolasco (1995).

Por todo o exposto, percebe-se que a violência doméstica e familiar deve ser tratada por uma equipe multidisciplinar. Tanto autores quanto vítimas de violência e seus familiares precisam de atenção integral, evitando-se a *revitimização* através de uma rede articulada de assistência médica, psicológica, social, política, jurídica e social.

8. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GIDDENS, A. *Conversas com Anthony Giddens: o sentido da modernidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise. In: GROENINGA; PEREIRA. (Coord.). *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HEIDEGGER, M. *Essência do fundamento*. Lisboa: Edições 70, 1988.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. In: _____. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Direito à vida e o meio ambiente. In: _____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. In: _____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: _____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MICHELAZZO, José Carlos. *Do um como princípio ao dois como unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real*. São Paulo: FAPESP, 1999.

NOLASCO, Sócrates. A desconsideração do masculino: uma contribuição crítica à análise de gênero. In: _____. (Org.). *A desconstrução do masculino*. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

RÊE, Jonathan. *Heidegger: história e verdade em ser e tempo*. Tradução José Oscar de Almeida Marques, Karen Volobuef. São Paulo: UNESP, 2000.

RESWEBER, Jean-Paul. *O pensamento de Martin Heidegger*. Tradução João Agostinho A. Santos. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. Tradução Vera Ribeiro, Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.